

ISSN 1982-0496

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



## LIVRES NO ESTRANGEIRO, CENSURADAS NO BRASIL. UMA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E BIOGRAFIAS

FREE ABROAD, CENSORED IN BRAZIL. A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE ON FREE SPEECH AND BIOGRAPHIES

---

**Ivar Alberto Hartmann**

Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre). Mestre em Direito pela Harvard Law School (Cambridge, MA - EUA). Professor e pesquisador do Centro de Judiciário e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Coordenador do projeto Supremo em Números. Advogado. E-mail: [ivarhartmann@gmail.com](mailto:ivarhartmann@gmail.com)

### Resumo

O art. 20 do Código Civil brasileiro é normalmente interpretado pelo Judiciário nacional como uma cláusula que obriga autores de manuscritos especialmente - mas não apenas - biográficos a obter autorização de todas aquelas pessoas mencionadas no texto como condição sem a qual é vedada a publicação. Nesse trabalho pretende-se apresentar a jurisprudência de cortes constitucionais ou de direitos humanos estrangeiras com o intuito de mostrar a interpretação e a solução dada por tais cortes ao conflito existente entre liberdade de expressão e privacidade. Por meio de levantamento de decisões judiciais, com apoio em revisão de literatura, conclui-se que nos tribunais analisados a interpretação da melhor resposta difere largamente da brasileira. O art. 20 seria invalidado se aplicado o entendimento atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos ou do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Em suma, tal norma não seria aceita por permitir censura prévia; por não dar tratamento diferenciado publicações com conteúdo político ou envolvendo pessoas públicas; e por dar peso maior à honra pessoal que ao direito de liberdade de expressão, violando o núcleo essencial desse último.

**Palavras-chave:** Liberdade de Expressão. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Biografias.

### Abstract

Art. 20 of the Brazilian Civil Code is commonly interpreted by the Brazilian Judiciary as a clause that forces authors of - especially, but not only - bibliographical works to obtain authorization from all those people

mentioned in the text as a condition without which publication cannot ensue. In this article we intend to present case law of foreign constitutional and human rights courts in order to show the interpretation and solution given by such courts to the existing conflict between free speech and privacy. By compiling court rulings and with the support of literature review, we conclude that the analyzed courts have a largely different understanding from that of Brazil. Art. 20 would be invalidated according to the current understanding of the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights, the American Supreme Court or Germany's Federal Constitutional Court. The disposition would be struck down mainly for allowing prior restraint; for not treating differently publications with political speech and involving public figures; and for prioritizing personal honor over the right to free speech, violating the right's essential core.

**Keywords:** Free Speech. Fundamental Rights. Human Rights. Biographies.

*“O Primeiro Ministro, como um defensor dos direitos em nossa Constituição, aceitou sofrer o dano da difamação, ao invés de tomar qualquer iniciativa que possa desencorajar o avanço e expansão do campo desses direitos. O Primeiro Ministro vê a publicação recentemente lançada como 'os feios espinhos que crescem nos arbustos das lindas rosas da liberdade'”.*

## 1. INTRODUÇÃO

O ex-conselheiro do mandatário de uma nação publica uma biografia não autorizada contendo escandalosas acusações de corrupção contra seu antigo chefe. O Primeiro Ministro, embora legalmente pudesse processar o autor do livro, escolhe dar essa declaração por intermédio de seu conselheiro legal. Pergunta-se: de qual país estamos falando? Alemanha? Reino Unido?

Certamente um país mais democrático que o Brasil, é a conclusão provável. Afinal, trata-se de nação na qual críticas duras a pessoas públicas são tidas como inconvenientes, porém obrigatoriamente toleráveis em razão da necessidade de proteger-se a liberdade de expressão – e, por consequência, a democracia.

O país é o Quênia. MigunaMiguna, o ex-conselheiro, acabou de publicar a biografia. A declaração do Primeiro Ministro RailaOdinga foi feita pelo seu conselheiro legal Paul Mwangi no final de julho de 2012.<sup>1</sup> Segundo o artigo 20 do Código Civil Brasileiro, MigunaMiguna seria obrigado a pedir autorização ao Primeiro Ministro para publicar um livro sobre ele. No Quênia o livro foi publicado sem qualquer restrição. Ao observar-se o panorama internacional, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 20 impõe-se como medida que permita ao ordenamento jurídico brasileiro alcançar

---

<sup>1</sup> “The Prime Minister, as a champion of the rights in our Constitution, has accepted to bear the hurt of defamation, rather than take any action that may discourage the advancement and expansion of the field of these rights. The Prime Minister views the recently launched publication as ‘the ugly thorns that grow on the bushes of the beautiful roses of freedom’”. Raila will not sue over Miguna’s ‘ugly thorns’. CAPITAL FM, 26 Jul 2012. Disponível em: <http://www.capitalfm.co.ke/news/2012/07/raila-will-not-sue-over-migunas-ugly-thorns/>. Acessado em: 28 Set 2012.

outro nível de proteção da liberdade de expressão. Não o nível das democracias constitucionais maduras, no qual pretendemos que o Brasil se insira, mas sim o nível mínimo, de países como o Quênia.

Em julho de 2012 foi ajuizada Ação Direta de Constitucionalidade pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel), pedindo a declaração de inconstitucionalidade do art. 20 sem redução de texto. Em junho de 2013, o parecer da Procuradoria Geral da República foi também nesse sentido. Ao passo que o Supremo Tribunal Federal prepara-se para julgar o mérito da questão, já existem projetos de lei no Congresso para tornar tal dispositivo do Código Civil compatível com a garantia da liberdade de expressão exigida pela Constituição Federal de 1988.

Esse artigo tem por problema central exatamente a compatibilidade da norma inscrita no art. 20 do Código Civil face ao direito de liberdade de expressão. A contribuição, entretanto, é de direito comparado. Ou seja, a pergunta que se pretende responder é: qual o tratamento dado para a questão pela jurisprudência de cortes estrangeiras - nacionais e internacionais? A pesquisa feita para oferecer uma resposta é teórica, de revisão de literatura, e empírica, de levantamento de decisões judiciais.

A análise do tratamento dispensado à questão da liberdade de expressão no uso de nomes e fatos sem a autorização daquele sobre quem se está falando ou escrevendo mostra que o art. 20 faz a ordem jurídica brasileira destacar-se como censuradora. A exigência de autorização prevista nesse dispositivo seria considerada como uma restrição desproporcional do direito à liberdade de expressão em várias jurisdições.

É importante ressaltar o pressuposto do qual parte a argumentação que aqui empreender-se-á. Os direitos fundamentais são normas predominantemente principiológicas, que admitem restrições proporcionais.<sup>2</sup> Dessa forma, o fato de que o art. 20 restringe a liberdade de expressão não importa, pura e simplesmente, em inconstitucionalidade. Interessa saber, isso sim, se a restrição efetuada é proporcional. Nesse sentido é que a experiência interpretativa de tribunais estrangeiros pode trazer aportes relevantes.

## 2. A RESPOSTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos avalia violações cometidas por países signatários do Pacto de São José da Costa Rica que tenham aceitado a sua jurisdição.<sup>3</sup> No âmbito da liberdade de expressão, a Corte interpreta o art. 13 do Pacto. Esse dispositivo traz garantia similar aquela do art. 5, IV da Constituição de 1988, porém com a explicitação de uma causa de restrição legítima: a proteção da “ordem pública”. Mais relevante para o presente caso é o fato de que o art. 13 proíbe a censura prévia e autoriza a restrição da liberdade somente por meio da *responsabilidade subsequente*, posterior à expressão. Isso seria por si só suficiente para reconhecer a falta de validade do art. 20, que trata da proibição de publicação - censura prévia.

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7a. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 220 e ss.

<sup>3</sup> O Brasil ratificou o Pacto em 25 de setembro de 1992 e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998.

Independentemente disso, o âmbito da constrição permitida em nome da ordem pública foi objeto de esclarecimento feito pela Corte na Opinião Consultiva OC-5/85, em resposta à provocação do governo da Costa Rica sobre a regulamentação da profissão de jornalista. Segundo a Corte, o “conceito de ordem pública em uma sociedade democrática requer a garantia da mais ampla possível circulação de notícias, ideias e opiniões”.<sup>4</sup> Ou seja, a proibição prévia de publicação é incompatível com a manutenção da ordem pública. A ordem pública não prescinde da liberdade de expressão. Não há proteção da ordem pública que não seja conquistada sem o livre debate, aquele no qual não é preciso autorização para discordar.

Outra discussão relevante da OC-5/85 é o duplo aspecto da garantia da liberdade de expressão. A censura promovida pelo art. 20 resulta em restrição do direito de emitir opinião, mas também aquele de ser informado, pois a liberdade de expressão “implica o direito coletivo de receber qualquer informação que seja e de ter acesso aos pensamentos expressados por outros.”<sup>5</sup> Isso é, a proporcionalidade da restrição deve ser avaliada em função não apenas do direito de expressar pensamento do autor da publicação, mas também do direito coletivo da população em geral em conhecer o teor da publicação. A proibição contida no art. 20 afeta leitores tanto quanto autores.

No caso conhecido como “A Última Tentação de Cristo”, a Corte manifestou-se especificamente sobre a censura prévia. A discussão envolvia a proibição emitida pelo governo do Chile da exibição do referido filme. Para a Corte, a permissão de censura prévia contida no parágrafo 4º do art. 13 aplica-se apenas para “regular o acesso para a proteção moral de crianças e adolescentes. Em todos os outros casos, qualquer medida preventiva implica lesão à liberdade de pensamento e expressão.”<sup>6</sup>

Mas a possibilidade de proibir publicação prevista no art. 20 envolve uma decisão judicial. Não se trata de ordem do governo, em sentido estrito. Entretanto a Corte deixou claro na mesma decisão que a atuação do Poder Judiciário ao proibir a exibição do filme, ao invés de impor reparação pelos danos que a exibição tenha causado, constitui censura prévia.<sup>7</sup>

No caso Canese, a Corte julgou a validade da condenação de Ricardo Canese por difamação contra um dos candidatos na eleição presidencial de 1992 no Paraguai. Nessa decisão, a Corte frisou a necessidade de distinguir, para efeitos da aplicação de sanções à liberdade de expressão, entre políticos e as demais pessoas. No sistema protetivo do Pacto de São José da Costa Rica, portanto, o exame de proporcionalidade de uma limitação da liberdade de expressão deve obrigatoriamente prover valoração

---

<sup>4</sup> Isso porque a “liberdade de expressão constitui o elemento básico e primário da ordem pública em uma sociedade democrática, o que não é concebível sem o livre debate e a possibilidade de que vozes discordantes sejam ouvidas por inteiro.” Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 Nov 1985. Parágrafo 69.

<sup>5</sup> “It requires, on the one hand, that no one be arbitrarily limited or impeded in expressing his own thoughts. In that sense, it is a right that belongs to each individual. Its second aspect, on the other hand, implies a collective right to receive any information whatsoever and to have access to the thoughts expressed by others.” Idem, Parágrafo 30.

<sup>6</sup> “Article 13(4) of the Convention establishes an exception to prior censorship, since it allows it in the case of public entertainment, but only in order to regulate access for the moral protection of children and adolescents. In all other cases, any preventive measure implies the impairment of freedom of thought and expression.” Olmedo Bustos et al. vs Chile. Julgamento de 5 de fevereiro de 2001. Série C, número 73. Parágrafo 70.

<sup>7</sup> Idem, parágrafo 71.

peculiar na etapa do teste de “necessidade”. A barreira de proteção do direito é maior quando o objeto da crítica é alguém do meio político. Trata-se de proteger, na verdade, o “interesse público inerente às atividades ou atos de um indivíduo específico.”<sup>8</sup> Ou seja, quando se fala de políticos, se fala da gestão de coisas públicas - e isso requer proteção ainda mais alargada da expressão. O art. 20 não faz essa distinção. Apenas lança uma proibição geral em função da imagem de quaisquer pessoas.

O delineamento realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da proteção oferecida pelo art. 13 do Pacto é inspirado fortemente na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. O nível de proteção da liberdade de expressão garantido por essa última, entretanto, é inferior àquele garantido pela Corte Interamericana.<sup>9</sup>

### 3. A RESPOSTA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte de Estrasburgo tem jurisprudência firmada no sentido de que a liberdade de expressão, quando em conflito com outro direito fundamental, raramente sucumbe. A solução para uma colisão pressupõe limitação de ambos direitos, porém em menor intensidade para um deles. Esse é, via de regra, a liberdade de expressão. De fato, quando o tema é a proteção da reputação, como no caso do art. 20 do Código Civil de 2002, a Corte Europeia afirmou que a proteção da “reputação de outros pesa sistematicamente menos que a defesa do direito garantido pelo artigo 10(1) da Convenção.”<sup>10</sup> O sopesamento da reputação e liberdade de expressão não implica distinção entre pessoas públicas ou privadas.<sup>11</sup> Apenas em se tratando da proteção da privacidade é que a Corte distingue entre figuras públicas e não-públicas. O critério para auferir o nível de proteção requisitado pela liberdade de expressão nesses casos “reside na contribuição que a publicação ou mensagem faz para o debate de interesse geral.”<sup>12</sup> Isso significa que ainda que o art. 20 do Código Civil visasse a proteção da privacidade - o que não é razoável depreender de seu texto - existiria uma desproporcionalidade na restrição uniforme da liberdade de expressão sem levar em conta quem é retratado ou se a publicação tem valor para o debate de interesse geral.

No paradigmático caso Lopes Gomes da Silva, a Corte examinou a validade de restrição da liberdade de expressão em função da reputação no âmbito da persecução

---

<sup>8</sup> “Thus, in the case of public officials, individuals who exercise functions of a public nature, and politicians, a different threshold of protection should be applied, which is not based on the nature of the subject, but on the characteristic of public interest inherent in the activities or acts of a specific individual.” Ricardo Canese vs. Paraguai. Julgamento de 31 de Agosto de 2004. Parágrafo 103. E concluiu a Corte que “o juiz deveria ter pesado o respeito pelos direitos ou reputações de terceiros face ao valor, para uma sociedade democrática, do debate aberto sobre tópicos de interesse ou preocupação pública.” Idem, parágrafo 105.

<sup>9</sup> BERTONI, Eduardo Andrés. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards. **European Human Rights Law Review**. N. 3, 2009, p. 25.

<sup>10</sup> “Usually, the preference given to freedom of expression comes after weighing the two conflicting rights against each other: protecting the reputation of others weighs systematically less than defending the right guaranteed by Article 10(1) of the Convention.” FLAUSS, Jean-François. The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. *Indiana Law Journal*. V. 84, n. 3. 2009, p. 846.

<sup>11</sup> Idem, p. 845

<sup>12</sup> Idem, p. 847



penal.<sup>13</sup> A distinção entre pessoas privadas e políticos foi considerada como determinante na tarefa de estabelecer o nível autorizado de restrição da liberdade de expressão em função da reputação.<sup>14</sup> As exceções à proteção da liberdade de expressão fazem jus a interpretação restritiva, estreita, mesmo quando se trata da vida privada de uma figura pública.<sup>15</sup> A Corte concedeu ainda grande peso ao fato de que o editorial veio acompanhado de declarações do político criticado.<sup>16</sup> O art. 20 do Código Civil não contém nenhuma dessas distinções e sequer permite análise diferenciada levando em conta a efetivação do direito de resposta. A norma vai claramente contra o entendimento expressado pela Corte nesse caso.

No caso Üstün, o dono de uma editora independente na Turquia, SaimÜstün, foi processado e condenado por ter publicado uma biografia considerada ofensiva. O réu recorreu à Corte Europeia. Tanto ele, quanto o governo, estavam de acordo que i) a liberdade de expressão estava envolvida; ii) havia uma restrição a esse direito prevista em lei e com uma finalidade legítima. Mas as partes discordavam sobre a “necessidade” de tal restrição em “uma sociedade democrática”. A Corte Europeia, ao analisar a compatibilidade da condenação com o art. 10 da Convenção, mormente se o direito turco sobre a matéria procedia a uma restrição necessária em uma sociedade democrática, decidiu em favor de Üstün. O livro não poderia ser censurado porque apesar de conter passagens que “emprestam à narrativa um tom hostil, elas não encorajam a violência, resistência armada ou insurreição, e não constituem discurso de ódio.”<sup>17</sup> Da decisão da Corte nesse caso é possível concluir que o art. 20 do Código Civil, ao proibir a publicação de *qualquer* biografia sem autorização do biografado, independentemente de texto que incite à violência, resistência armada ou insurreição e sem configuração de discurso de ódio, é uma restrição desproporcional da liberdade de expressão.

A experiência da Corte com casos envolvendo a colisão da liberdade de expressão e da liberdade religiosa trás algumas contribuições para o presente tema. O art. 20 pretende restringir manifestações que, em razão de dano à “honra, a boa fama ou a respeitabilidade” violam o respeito que pode ser exigido no trato mútuo em uma sociedade pluralista e tolerante. Assim também na seara da expressão que é

---

<sup>13</sup> Vicente Jorge Lopes Gomes da Silva, jornalista, era o editor de um jornal de grande circulação em Portugal. Após publicar editorial criticando um candidato em uma eleição municipal, Gomes da Silva foi processado na Corte Criminal de Lisboa. Foi absolvido em primeira instância, mas a Corte de Apelação entendeu que o uso de expressões como “grotesco” para descrever o candidato não estava protegido pela liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional português negou provimento ao recurso. A Corte Europeia reverteu a decisão, garantindo proteção mais ampla da liberdade de expressão.

<sup>14</sup> “As to the limits of acceptable criticism, they are wider with regard to a politician acting in his public capacity than in relation to a private individual.” Lopes Gomes da Silva vs. Portugal. Julgamento de 28 de setembro de 2000. 4a sessão, parágrafo 30.

<sup>15</sup> “He is certainly entitled to have his reputation protected, even when he is not acting in his private capacity, but the requirements of that protection have to be weighed against the interests of open discussion of political issues, since exceptions to freedom of expression must be interpreted narrowly (...)” Idem, ibidem.

<sup>16</sup> Idem, parágrafo 35.

<sup>17</sup> “the Court finds that, although the passages highlighted by the prosecution do give the narrative a hostile tone, they do not encourage violence, armed resistance or insurrection, and do not constitute hate speech.” Üstün vs. Turquia. Julgamento de 10 de maio de 2007. 2a sessão, parágrafo 32.

considerada ofensiva por membros de determinada religião, o cerne é uma violação de um dever de respeito.

Mas a Corte Europeia apontou muito bem que esse critério, em razão de sua total e intrínseca subjetividade, não pode ser utilizado como ferramenta de interpretação. A determinação de o que o respeito exige não pode ser deixada para as partes - nem a ofendida, nem a ofensora. Isso porque “uma determinação subjetiva de o que é ou não respeitoso resultaria meramente em uma reformulação dos pleitos das partes que, por definição, estão em disputa sobre esse mesmo ponto.”<sup>18</sup> No Brasil, lamentavelmente, muitos juízes tomam para si a tarefa de empregar o critério do “respeito” ou da “ofensa”. Mas legitimam essa escolha nominando levianamente o princípio da dignidade da pessoa humana. É evidentemente panfletário tal uso do princípio, motivo pelo qual a Corte Europeia adotou outros critérios em casos envolvendo liberdade de expressão e liberdade religiosa. Um deles é a gratuidade da ofensa - objetivamente e não segundo o sentir da parte ofendida.<sup>19</sup>

O art. 20, ao garantir à parte retratada em uma publicação a prerrogativa de impedir a veiculação da expressão, unilateralmente, torna obscura a ponderação entre respeito e liberdade de expressão. A interpretação judicial obviamente não é afastada, pois é o juiz no caso concreto que afixa a existência de dano à honra, boa fama ou respeitabilidade. Mas a formulação do dispositivo legal do Código Civil sugere fortemente o caminho interpretativo contraproducente que a Corte Europeia descartou: olha-se para a percepção da parte sobre quem a publicação fala. Essa escolha, quando adotada em jurisdições nas quais existe uma cultura de valorização da liberdade de expressão, é apenas contraproducente. Quando adotado no Brasil, entretanto, é plenamente corrosiva - senão abolidora - da liberdade de expressão. Aceita-se sempre a avaliação daquele que foi ofendido. A regra torna-se censurar, e não manter a comunicação aberta.

Outro ponto importante é que não faz parte do conteúdo da proibição de insuficiência ou insuficiente proteção dos direitos fundamentais, para a Corte Europeia, uma obrigatoriedade estatal de proteger o “respeito” mediante a coibição da liberdade de expressão.<sup>20</sup> Se o Estado decide não tomar para si essa empreitada, então não há violação. Ou seja: eliminar o art. 20 do Código Civil não resultaria em proteção insuficiente.

A proteção da liberdade de expressão na jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos é incompatível com o teor da proibição veiculada no art. 20 do Código Civil de 2002. No direito norte-americano, entretanto, essa incompatibilidade é ainda maior.

---

<sup>18</sup> “But who is to decide what “respect” entails? It can hardly be left to those who have made the utterances or who have heard, or heard of, them. A subjective determination of what is or is not respectful would merely result in a restatement of the claims of the parties who, by definition, are in dispute over the very issue.” EVANS, Malcolm D. From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning The Freedom of Religion and The Freedom of Expression Before The European Court of Human Rights. *Journal of Law & Religion*. V. 26, 2010, p. 348.

<sup>19</sup> “It is, however, for the Court to determine “objectively” that the offense was caused “gratuitously,” that is, in a fashion that “[does] not contribute to any form of public debate capable of further progress in human affairs.” Idem, p. 349.

<sup>20</sup> “even if an object of religious veneration is portrayed in a provocative fashion, this only means that the State is pursuing a legitimate aim if it proceeds to take action against those who provoke others. It does not mean that the State must proceed or that any action it takes is justified.” Idem, p. 350.

#### 4. A RESPOSTA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana é pioneira no estabelecimento de limites à autonomia normativa do Estado na regulação da liberdade de expressão. O conteúdo da garantia consagrada na 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos pode ser entendido como abrangendo a liberdade da mente.<sup>21</sup> Essa liberdade é protegida contra violações diretas do Estado - como censuras legais, mas também contra violações indiretas. O exercício da liberdade de expressão tem um custo<sup>22</sup>, que pode tornar-se excessivo quando os indivíduos são obrigados a defenderem no Judiciário cada opinião que emitem. A litigância tem um custo para a liberdade de expressão.

Grande parte da jurisprudência norte-americana relacionada à regulação pretendida pelo art. 20 do Código Civil envolve o desenvolvimento de garantias contra esse custo. Os ministros da Suprema Corte procuraram, ao longo de várias décadas, afastar o uso de critérios subjetivos. Apenas a liberdade de expressão protegida por critérios objetivos surte o devido efeito: se o cidadão não tem certeza de que não será punido por manifestar determinada opinião, ele obviamente ficará calado por medo de sofrer represálias. Mais importante ainda, quando se discute o art. 20, é que a censura prévia é completamente execrada pela jurisprudência norte-americana.

O julgamento da Corte no caso *New York Times v. Sullivan* em 1964 é considerado o *Marbury vs. Madison* da liberdade de expressão. Graças ao entendimento manifestado nesse caso, a Corte garantiu que a imprensa não pode ser coibida por meio de processos judiciais baseados em postulações que encerram um julgamento subjetivo superficial.<sup>23</sup> A Suprema Corte reconheceu que o processo versava sobre informação efetivamente falsa. Porém percebendo que um critério baseado em verdade ou falsidade é de relatividade ínsita - não existe uma verdade absoluta<sup>24</sup>, a Corte optou por um teste mais protetivo da liberdade de expressão. Uma publicação contendo informação falsa em razão de negligência é diferente da falsidade produzida intencionalmente. O teste, portanto, passou a ser o da *actual malice*, ou explícita má-fé.<sup>25</sup> O ônus da prova foi invertido: o ônus de provar a existência de tal má-

---

<sup>21</sup> FRIED, Charles. **Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 79.

<sup>22</sup> "a true understanding of the problem of free speech in modern society (...) reveals how the freedom to speak depends on the resources at one's disposal, and it reminds us that more is required these days than a soapbox, a good voice, and the talent to hold an audience." FISS, Owen M. *Free Speech and Social Structure*. **Iowa Law Review**. N. 71, 1986, p. 1410.

<sup>23</sup> Antes de 1964 nunca havia sido aplicada a proteção da 1ª Emenda à casos de difamação. O jornal *New York Times* publicou um anúncio pago apoiando o movimento civil afrodescendente. Tratava-se de forte crítica ao governo, afirmando que houve resposta brutal da polícia a um protesto na cidade de Montgomery, Alabama. O anúncio dizia que Martin Luther King Jr. havia sido preso 7 vezes, quando na verdade havia sido apenas 4 prisões. O comissário de segurança pública da cidade processou o jornal.

<sup>24</sup> "The constitutional protection does not turn upon 'the truth, popularity, or social utility of the ideas and beliefs which are offered.' ... [E]rroneous statement is inevitable in free debate, and [it] must be protected if the freedoms of expression are to have the 'breathing space' that they 'need...to survive.' Justice Brennan, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964), pp. 271-272.

<sup>25</sup> "The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with 'actual malice' that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not." *Idem*, pp. 279-280.



fé passou a ser atribuído ao autor da ação, que entendeu ter sua honra ou imagem ofendida.

O critério do caso *NYT vs. Sullivan* é flagrantemente mais benéfico para a liberdade de expressão que aquele do art. 20 do Código Civil.

A Suprema Corte reafirmou a forte proteção da liberdade de expressão face a pleitos de desrespeito da honra ou imagem de uma pessoa que foi vítima de crítica ou ataques em 1988, no caso *Hustler Magazine v. Falwell*.<sup>26</sup> O ministro William Rehnquist, um grande conservador, deixou claro que o critério do “ultrajante” não é operacionalizável em avaliações judiciais de opiniões acerca de figuras públicas. Isso porque o “tipo de debate político robusto encorajado pela 1ª Emenda inevitavelmente produzirá expressões que criticam aqueles com cargos públicos ou aquelas figuras públicas que estão ‘intimamente envolvidas na resolução de questões públicas importantes.’”<sup>27</sup> Dessa forma, não há outra maneira de adequadamente proteger a liberdade de expressão relacionada à políticos e figuras públicas que não eliminar a possibilidade de que estas possam processar por danos morais aqueles que emitem opiniões sobre elas.<sup>28</sup>

No direito norte-americano, portanto, um pedido de reparação por danos morais em função de opinião emitida por outrem quando o atingido é figura pública simplesmente não preenche o requisito de interesse legal de agir. Uma proibição prévia de publicação de opinião pelos motivos elencados no art. 20 seria um claro plus em termos de limitação da liberdade de expressão e, justamente por isso, é tida como simplesmente impensável.

Há ainda um terceiro caso da Corte estabelecendo doutrina geral sobre liberdade de expressão que é relevante aqui. Muito embora o art. 20 não tenha qualquer relação com a privacidade ou intimidade da pessoa retratada, esse é um dos argumentos comumente opostos à publicação de biografias ou matérias da imprensa. No direito norte-americano, após o caso *Time, Inc. v. Hill*, de 1967, sequer a privacidade é um motivo válido para restringir a liberdade de expressão nessas circunstâncias.<sup>29</sup> O

---

<sup>26</sup> A Corte rejeitou a possibilidade de que Jerry Falwell, um pastor protestante fundamentalista, pudesse obter reparação por danos morais em função de uma paródia publicada pela revista *Hustler*. O texto trazia uma entrevista fictícia na qual Falwell parecia falar de sua primeira relação sexual, quando na verdade tratava-se da primeira vez que havia bebido determinada bebida alcoólica.

<sup>27</sup> “The sort of robust political debate encouraged by the First Amendment is bound to produce speech that is critical of those who hold public office or those public figures who are ‘intimately involved in the resolution of important public questions’. Such criticism, inevitably, will not always be reasoned or moderate; public figures as well as public officials will be subject to ‘vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks’.” *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 US 46 (1988). Justice Rehnquist, p. 52. “If it were possible by laying down a principled standard to separate the one from the other, public discourse would probably suffer little or no harm. But we doubt that there is any such standard, and we are quite sure that the pejorative description ‘outrageous’ does not supply one.” *Idem*, p. 56.

<sup>28</sup> “We conclude that public figures and public officials may not recover for tort of intentional infliction of emotional distress by reason of publication such as the one here at issue without showing in addition that the publication contains a false statement of fact which was made with ‘actual malice’, i.e., whether or not it was true.” *Idem*, p. 57.

<sup>29</sup> A família Hill foi vítima de um sequestro e a revista *Time*, ao noticiar o fato, afirmou ter ocorrido violência por parte dos sequestradores. A família processou a revista com base na lei de privacidade do estado de Nova York, que protegia a privacidade de figuras públicas contra descrições falsas por parte da imprensa. A Suprema Corte reverteu a decisão do tribunal estadual que havia concedido alto valor à família a título de danos morais.

ministro Brennan aplicou o mesmo teste desenvolvido no caso *NYT v. Sullivan* para a difamação, porém agora para a colisão entre a liberdade de expressão e a privacidade: a explícita má-fé.<sup>30</sup> Isso significa que mesmo a aplicação do art. 20 do Código Civil que pretendesse proteger a intimidade (ao invés da honra ou respeitabilidade) de figuras públicas contra a retratação de sua pessoa por terceiros sem autorização seria considerada inconstitucional no direito norte-americano.

Mas o art. 20 traz em seu bojo tanto uma regra de reparação por danos morais, quanto uma regra de censura prévia - a proibição de publicação. Essa última é infinitamente mais restritiva da liberdade de expressão. A possibilidade de pedir reparação por danos morais desencoraja. A proibição de publicação silencia.<sup>31</sup> Por esse motivo uma injunção no direito norte-americano visando a censura prévia ou *prior restraint* teria chances virtualmente nulas de sucesso. Isso se dá no contexto de biografias e documentários, mesmo quando a privacidade da pessoa retratada é um fator.<sup>32</sup>

Por último, resta analisar o quarto motivo que autoriza, no art. 20, a proibição de publicação ou a reparação por danos morais. Trata-se da publicação que se destinar a fins comerciais. Esse critério é o mais questionável de todos. No direito norte-americano a liberdade de expressão comercial recebe proteção menor que a liberdade de expressão política. Mas essa distinção se coloca no contexto de uma colisão entre liberdade de expressão e outro direito fundamental ou um interesse estatal fundamental. O que o art. 20 faz não é diminuir – em razão do caráter comercial – a proteção da publicação face à proteção da honra ou da privacidade. A restrição se dá por ser a publicação com fins comerciais, pura e simplesmente. A liberdade de expressão é restringida sem qualquer direito ou valor que se lhe oponha. Ainda que uma interpretação generosa pudesse levar a aplicação do art. 20 para diminuir a proteção de publicações comerciais face a guarda da honra e da privacidade, essa diferenciação é considerada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana. Isso porque “pessoas reais, mortas ou vivas, são objeto importante de discussão, na ficção como no noticiário.”<sup>33</sup>

## 5. A RESPOSTA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

O direito alemão sobre a matéria traz aportes de grande relevância para a discussão da constitucionalidade do art. 20, por várias razões. Lá, como aqui, a questão de se coloca como uma de proporcionalidade de restrições. Direitos fundamentais

---

<sup>30</sup> “the constitutional protections for speech and press preclude the application of the New York statute to redress false reports of matters of public interest in the absence of proof that the defendant published the report with knowledge of its falsity or in reckless disregard of the truth.” *TIME, Inc. v. Hill*, 385 US 374 (1967), p. 388.

<sup>31</sup> “There is a heavy presumption against prior restraints in the context of First Amendment violations. In fact, this presumption acts as an almost complete bar against such restraints.” HOLLANDER, Teri N. *Enjoining Unauthorized Biographies and Docudramas*. **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review**. V. 16, 1995, p. 136.

<sup>32</sup> “impingement on the privacy right in the context of the unauthorized biography or MOW lacks the significance to overcome the constitutional presumption against prior restraints.” *Idem*, p. 150.

<sup>33</sup> “Real people, dead or alive, are important subjects of discussion, in fiction as well as in news reporting.” VOLOKH, Eugene. *Freedom of Speech and The Right of Publicity*. **Houston Law Review**. v. 40, 2003, p. 908.

admitem restrições limitadoras de sua proteção, o essencial é avaliar se tais restrições estão dentro daquilo que se convencionou chamar de o “limite dos limites” (*Schranken-Schranke*).

A Constituição Brasileira e a Lei Fundamental Alemã trazem em seu artigo 5º dispositivos similares sobre nada menos que quatro aspectos relevantes para o art. 20 do Código Civil brasileiro: direito geral de liberdade de expressão<sup>34</sup>; regra de proibição de censura prévia<sup>35</sup>; proteção da honra pessoal<sup>36</sup>; direito geral de liberdade acadêmica.<sup>37</sup>

O forma como o Tribunal Constitucional Federal procedeu à ponderação de todos esses elementos ao longo de cerca de seis décadas de jurisprudência joga luz esclarecedora sobre os méritos da construção escolhida para o art. 20. O princípio da proporcionalidade rege tal tarefa, assim como tem sido quando o Supremo Tribunal Federal resolve, no Brasil, colisões entre direitos fundamentais. Trata-se de examinar a finalidade normativa da restrição (proteção da honra pessoal, censura prévia) em relação ao bem jurídico do valor restringido (liberdade de expressão). Nesse processo, é imperioso que a limitação ocorra no interesse da sociedade - e não no interesse pessoal do ofendido pela publicação - e que seja comparável à medida de relevância protetiva do bem jurídico. Somente assim pode-se desenvolver o significado elementar da liberdade de expressão em toda sua amplitude.<sup>38</sup>

No direito alemão a liberdade de expressão - inclusive acadêmica - é reconhecida como tendo por pressuposto o acesso à informação. Isso significa que restrições da liberdade de expressão no sentido de proibição de publicação constituem, por si só, restrições do direito de leitores (a população em geral população) de ter acesso a tais publicações.<sup>39</sup> A liberdade de expressão e o acesso à tal expressão estão

---

<sup>34</sup> Constituição Brasileira, Art. 5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Lei Fundamental Alemã, Art. 5º, 1 (primeira parte): “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas.”

<sup>35</sup> Constituição Brasileira, Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Lei Fundamental Alemã, Art. 5º, 1 (segunda parte): “Não será exercida censura.”

<sup>36</sup> Constituição Brasileira, Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Lei Fundamental Alemã, Art. 5º, 2: Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.”

<sup>37</sup> Constituição Brasileira, Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade (...) científica (...)”. Lei Fundamental Alemã: Art. 5º, 3: “A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.”

<sup>38</sup> Dabeisetz der Verhältnismässigkeitsgrundsatzden Regelungszweckdeseinschränkenden Schrittes (hierdesbetreffenden, allgemeinen Gesetzes') in Relation zum Rechtsgutdesbegrenzten Topos (Kommunikationsfreiheit) undverlangt, dass die Einschränkung, im Interesse des Gemeinwohles' denRang der beeinträchtigtenSchutzgrößeangemessenwahrt. Hier also, in einerabstraktenAbwägung der beiderseitigenRechtsgüter, entfaltet sich die elementareBedeutung der Kommunikationsfreiheit in real möglicherBreite.“ ISENSEE, Josef. KIRCHHOF, Paul. **Handbuch des Staatsrechts**. Band IV – Freiheitsrechte. Heidelberg: C.F. Müller JuristischerVerlag, 1989, p. 659.

<sup>39</sup> Ou seja, sob a perspectiva do receptor de informações, determina Michael Sachs que Der Kommunikationsprozess, den Art. 5 I im Interesse der freienindividuellen und öffentlichen Meinungsbildungschützen will, wärenurunvollkommenerfasst, wenn die Information saufnahme von dem Schutzausgenommenbliebe.“ SACHS, Michael. Grundgesetz Kommentar. 4a. ed. Munique: C.H. Beck, 2007, p. 293.

umbilicalmente ligados à própria noção de democracia.<sup>40</sup>

A proteção da honra pessoal face ao direito fundamental à liberdade de expressão exige tarefa de ponderação especialmente delicada. O Tribunal Constitucional Federal elaborou um jurisprudência específica ao longo de vários anos, começando já no paradigmático caso Lüth. A despeito da proteção merecida pela honra pessoal, o Tribunal reconheceu reiteradamente que a liberdade de expressão deve prevalecer na ponderação.<sup>41</sup> A proteção da honra pessoal foi, portanto, “minimizada” em razão da relevância central da liberdade de pensamento e publicação. O Tribunal preocupa-se sobretudo com a formação da opinião no espaço público e evita o risco de uma “paralisia” desse processo.<sup>42</sup> Dessa forma, a honra pessoal é motivo válido de restrição somente no campo da publicação injuriosa - e mesmo aí o conceito de injúria adotado pelo Tribunal é muito restrito.<sup>43</sup> Em razão disso, a liberdade de expressão tem sua proteção enfatizada, em detrimento da proteção da honra pessoal.<sup>44</sup>

A proibição de censura prevista na Lei Fundamental é unanimemente entendida como vedação da censura *prévia* ou privada, em relação ao conteúdo de determinada publicação planejada.<sup>45</sup> No exame de proporcionalidade realizado para testar a validade de restrições à liberdade de expressão, a censura prévia é entendida como um ataque ao conteúdo essencial do direito fundamental (Wesensgehalt).<sup>46</sup> A censura prévia é objeto do limite dos limites (Schranken-Schranke): é uma restrição da liberdade de expressão que está além daquilo que a Constituição permite em termos de limitações.<sup>47</sup> Trata-se, portanto, de “limite absoluto de restrições” segundo o Tribunal Constitucional Federal, não apenas em relação ao direito à liberdade de expressão, mas também ao direito à informação.<sup>48</sup>

---

<sup>40</sup> “Dabei wird zwar auch ein Bezug von ‚ungehinderter Informationsaufnahme‘, ‚freier Meinungsbildung‘ und ‚demokratischer Ordnung‘ hergestellt (...) Schon in der Rechtsprechung von Pressefreiheit werden die Fäden zwischen Informationsfreiheit, Meinungsbildung und Demokratiesehr viel enger geknüpft und der Informationsbegriff in Richtung Wissen/Erkenntnis ausgerichtet. “VESTING, Thomas. Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Eds.). **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 226.

<sup>41</sup> ISENSEE, KIRCHHOF, op. cit., p. 662.

<sup>42</sup> Die im Grundgesetz ausdrücklich positivierte Schranke der allgemeinen Ehrenschränkung hat das Bundesverfassungsgericht auf das Niveau der Schranke der allgemeinen Gesetzeruntergeordnet und den Ehrenschränkungsmitteln der Wechselwirkungstheorie minimiert. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich auf die ‚Vermutung zugunsten der freien Rede‘ im politischen Meinungskampf und beschwört, ‚die Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses‘. STARCK, Christian. Kommentar zum Grundgesetz. Band I. Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19. Munique: Franz Vahlen GmbH, 2005, p. 591.

<sup>43</sup> STERN, Klaus. **Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland**. Band IV/1. Die einzelnen Grundrechte. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 1434.

<sup>44</sup> “hat es [das Bundesverfassungsgericht] sich von dieser Linie nicht selten entfernt und die Meinungsfreiheit gegenüber dem Ehrenschränkung überbetont.” Idem, p. 1469.

<sup>45</sup> “Zensur bedeutet daher Vorzensur oder Präventivzensur. (...) Zensur bezieht sich immer auf den Inhalt einer geplanten Veröffentlichung.” STARK, 576

<sup>46</sup> ISENSEE, KIRCHHOF, op. cit., p. 660.

<sup>47</sup> STARCK, op. cit., p. 577.

<sup>48</sup> A censura prévia é denominada de “absolute Eingriffsschranke”. STERN, op. cit., 1479.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma breve análise do direito relativo à publicação retratando pessoas reais mostra que a fórmula de proteção que o legislador brasileiro escolheu albergar no art. 20 do Código Civil seria reconhecida como uma restrição desproporcional da liberdade de expressão em ao menos quatro das jurisdições referenciais no direito dos direitos humanos e fundamentais.

Dessa maneira, é possível afirmar que a disposição do art. 20:

-Seria invalidado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos empregar a censura prévia para publicações que não são atentatórias dos direitos da criança e do adolescente; por permitir a censura prévia por ordem judicial; por não diferenciar a proteção da liberdade de expressão sobre políticos daquela sobre as demais pessoas.

-Seria invalidado pela Corte Europeia de Direitos Humanos por dar peso maior à reputação que à liberdade de expressão; por usar como critério para a restrição da liberdade de expressão a percepção do ofendido; por não diferenciar a proteção da liberdade de expressão quando o assunto é a crítica política; por proibir publicações que não incitem à violência.

-Seria invalidado pela Supreme Corte Norte-Americana por censurar críticas feitas a pessoas públicas; por promover a censura prévia ao invés da indenização posterior do ofendido.

-Seria invalidado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão por dar peso maior à honra pessoal que à liberdade de expressão e à liberdade acadêmica; por implementar sistema de censura prévia, violando o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de expressão e à liberdade acadêmica.

## 7. BIBLIOGRAFIA

BERTONI, Eduardo Andrés. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards. **European Human Rights Law Review**. N. 3, 2009.

EVANS, Malcolm D. From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning The Freedom of Religion and The Freedom of Expression Before The European Court of Human Rights. **Journal of Law & Religion**. V. 26, 2010.

FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**. N. 71, 1986.

FLAUSS, Jean-François. The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. **Indiana Law Journal**. V. 84, n. 3. 2009.

FRIED, Charles. **Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLLANDER, Teri N. Enjoining Unauthorized Biographies and Docudramas. **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review**. V. 16, 1995.

ISENSEE, Josef. KIRCHHOF, Paul. **Handbuch des Staatsrechts**. Band IV – Freiheitsrechte. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7a. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SACHS, Michael. **GrundgesetzKommentar**. 4a. ed. Munique: C.H. Beck, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



---

STARCK, Christian. Kommentar zum Grundgesetz. **Band I. Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19. Munique: Franz Vahlen GmbH, 2005.**

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland.** Band IV/1. Die einzelnen Grundrechte. Munique: C.H. Beck, 2006.

VESTING, Thomas. Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Eds.). **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and The Right of Publicity. **Houston Law Review.** v. 40, 2003.

Recebido em 01/04/2013  
Aprovado em 21/05/2013